

# Niezapowiedziana kontrola Prezesa UOKiK – nowy standard pozyskiwania dowodów w formie elektronicznej.

Glosa do postanowienia Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
z 7 marca 2017 r., XVII Amz 15/17

## Spis treści

- I. Uwagi wprowadzające
- II. Pozyskiwanie dowodów w formie elektronicznej – dotychczasowa praktyka Prezesa UOKiK
- III. Orzeczenie SOKiK z 7 marca 2017 r. – wzmocnienie pozycji przeszukiwanego
  1. Sposób pozyskiwania dowodów w formie elektronicznej
  2. Ochrona tajemnicy adwokackiej/radcowskiej (*legal professional privilege*)
- IV. Podsumowanie

**Słowa kluczowe:** niezapowiedziana kontrola; przeszukiwanie; dowody elektroniczne; *legal professional privilege*.

## I. Uwagi wprowadzające

7 marca 2017 r. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) wydał istotne orzeczenie<sup>1</sup> dotyczące zakresu uprawnień Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) w trakcie przeszukań prowadzonych w sprawach dotyczących praktyk ograniczających konkurencję. Orzeczenie to odnosi się do praktycznych aspektów przeszukiwania i pozyskiwania przez Prezesa UOKiK dokumentów w formie elektronicznej (np. systemów IT, dysków twardych, korespondencji e-mail). Można pokusić się nawet o stwierdzenie, że analizowane orzeczenie w praktyce wyznacza nowy standard prowadzenia przez Prezesa UOKiK przeszukań, umożliwiając przeszukiwanym przedsiębiorcom uzyskanie większej niż dotychczas kontroli nad zakresem dokumentów przeglądanych przez urzędników dokonujących przeszukiwania. Dodatkowo, omawiane postanowienie SOKiK dotyka także kwestii tajemnicy adwokackiej/radcowskiej (*legal professional privilege*; dalej: LPP), dając podstawę do dalszej debaty na temat zakresu LPP na gruncie polskiego prawa konkurencji.

## II. Pozyskiwanie dowodów w formie elektronicznej – dotychczasowa praktyka Prezesa UOKiK

Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>2</sup> (dalej: uokik z 2007 r.) kształtuje uprawnienia Prezesa UOKiK do prowadzenia przeszukań i pozyskiwania dowodów naruszeń

<sup>1</sup> Postanowienie SOKiK z 7.03.2017 r., XVII Amz 15/17.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2017, poz. 229).

prawa konkurencji w sposób bardzo podobny do uprawnień przyznanych Komisji Europejskiej (dalej: KE) przez prawo unijne. Dotychczasowa praktyka prowadzenia przez Prezesa UOKiK przeszukań wskazuje jednak, że organ ten interpretował swoje uprawnienia znacznie szerzej, niż czyni to KE. Co do zasady głównym celem urzędników UOKiK było kopiowanie w całości danych zapisanych na dyskach twardych czy też w korespondencji e-mail pracowników przeszukiwanego przedsiębiorcy, bez dokonywania ich uprzedniej selekcji. Tak pozyskane dane były następnie wynoszone poza siedzibę przedsiębiorcy w celu ich dalszej selekcji i analizy w pomieszczeniach UOKiK.

Taka praktyka często prowadziła do sytuacji, w których urzędnicy UOKiK wchodzili w posiadanie dokumentów mogących wykraczać poza zakres przeszukania, określony w postanowieniu SOKiK wyrażającym zgodę na jego przeprowadzenie. Brak współpracy ze strony przedsiębiorcy, tzn. odmowa wydania określonych dokumentów elektronicznych lub utrudnianie do nich dostępu, był natomiast uznawany przez Prezesa UOKiK za przejaw uniemożliwiania lub utrudniania przeszukania i skutkował sankcjami finansowymi nakładanymi na przedsiębiorcę.

Za przykład może posłużyć sprawa, w której przedsiębiorca (Polkomtel), został wezwany przez do przekazania Prezesowi UOKiK całości korespondencji e-mail wybranych pracowników<sup>3</sup>. Po skopiowaniu tego materiału miał on być wyniesiony z siedziby przedsiębiorcy w celu dalszej analizy w pomieszczeniach UOKiK. Polkomtel odmówił wydania dysku zawierającego kopię wspomnianej korespondencji, co zostało uznane przez Prezesa UOKiK za przejaw utrudniania kontroli. Między innymi z tego względu Prezes UOKiK nałożył na Polkomtel dotkliwą karę finansową w wysokości ponad 130 milionów zł.

Powyższa praktyka Prezesa UOKiK wzbudziła szereg kontrowersji. Wskazywano, że takie podejście do kwestii pozyskiwania dowodów w formie elektronicznej może stanowić nadużycie uprawnień Prezesa UOKiK w zakresie prowadzenia przeszukania. Co więcej, podkreślano, że tak daleko idące rozumienie uprawnień kontrolnych Prezesa UOKiK może skutkować ograniczeniem prawa do obrony przeszukiwanego przedsiębiorcy oraz naruszeniem jego prawa do prywatności. Pomimo że sądy często obniżały sankcje finansowe nakładane na przedsiębiorców w takich przypadkach, to sam sposób pozyskiwania i przeszukiwania dokumentów elektronicznych przez Prezesa UOKiK nie był kwestionowany<sup>4</sup>.

Warto przy tym zaznaczyć, że praktyka Prezesa UOKiK w zakresie pozyskiwania dowodów w formie elektronicznej istotnie odbiegała od praktyki stosowanej w tym samym czasie przez KE. W prowadzonych przez nią przeszukaniach, w przypadku gdy selekcja dokumentów nie jest zakończona w wyznaczonym czasie, w siedzibie przedsiębiorcy, możliwe jest wykonanie i zabezpieczenie kopii określonego zestawu dokumentów w celu kontynuowania czynności przeszukania w późniejszym terminie. Jeśli natomiast KE zamierza zabrać dokumenty i kontynuować przeszukanie we własnej siedzibie, wówczas konieczne jest zapewnienie możliwości udziału pełnomocnika przedsiębiorcy zarówno przy otwarciu dokumentów, jak i kontynuowaniu czynności przeszukania. W przeciwnym wypadku KE jest zobowiązana do zwrotu zabezpieczonych

<sup>3</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 24.02.2011 r., DOK-1/2011.

<sup>4</sup> Zob. np. orzeczenie SOKiK z 18 czerwca 2014 r. w sprawie *Polkomtel* (XVII AmA 145/11), w którym kara nałożona przez Prezesa UOKiK została obniżona ponad 30-krotnie i po zmianie wyniosła 3 960 300 zł (orzeczenie jest nieprawomocne).

dokumentów przedsiębiorcy bez ich uprzedniego otwierania lub do uzgodnienia z przedsiębiorcą, iż będzie on przechowywał zabezpieczone dokumenty w bezpiecznym miejscu do czasu ponownego podjęcia czynności przeszukania w jego siedzibie<sup>5</sup>. Jak zatem widać, standard stosowany w zakresie pozyskiwania dokumentów oraz ich późniejszego analizowania poza siedzibą przedsiębiorcy jest zupełnie inny w przypadku przeszukania prowadzonego przez KE oraz Prezesa UOKiK.

### III. Orzeczenie SOKiK z 7 marca 2017 r. – wzmocnienie pozycji przeszukiwanego

Analizowane orzeczenie SOKiK kwestionuje dotychczasową praktykę Prezesa UOKiK w zakresie pozyskiwania dowodów w formie elektronicznej. Mimo że SOKiK nie podważa ogólnego uprawnienia Prezesa UOKiK do uzyskiwania dostępu do tego rodzaju dokumentów, to istotnie ogranicza dotychczasową praktykę Prezesa UOKiK w sposobie jego realizacji.

Podczas przeszukania, będącego przedmiotem oceny ze strony SOKiK, przeszukujący urzędnicy wykonali kopie trzech dysków twardych należących do prezesa kontrolowanego przedsiębiorcy oraz korespondencji e-mail dyrektora finansowego spółki. Przed ich skopiowaniem przedmiotowe dane (dyski twarde oraz korespondencja e-mail) nie były analizowane, przeglądane czy też selekcjonowane przez urzędników w siedzibie przedsiębiorcy. Kopie dokumentów zostały zabezpieczone i zabrane do siedziby UOKiK w celu ich dalszej analizy.

Na powyższe czynności spółka wniosła zażalenie do SOKiK, podnosząc, że skopiowanie tak dużej liczby danych bez ich uprzedniej analizy w siedzibie przedsiębiorcy stanowi naruszenie uokik z 2007 r. poprzez:

- wykroczenie poza zakres przeszukania określony w postanowieniu SOKiK wyrażającym zgodę na jego przeprowadzenie;
- uzyskanie dostępu do informacji chronionych na podstawie LPP;
- naruszenie przysługujących przedsiębiorcy prawa do obrony i prawa do prywatności;
- naruszenie zakazu prowadzenia przeszukania poza siedzibą przedsiębiorcy bez uzyskania uprzedniej zgody przedsiębiorcy<sup>6</sup>.

W wyniku wniesionego zażalenia przedmiotowe dane/dokumenty zostały zabezpieczone, a ich dalsza analiza została wstrzymana do momentu wydania orzeczenia przez SOKiK. Paradoksalnie, mimo że ze względów proceduralnych SOKiK ostatecznie oddalił zażalenie<sup>7</sup>, to w uzasadnieniu do orzeczenia *de facto* przyznał rację żalącemu się przedsiębiorcy.

#### 1. Sposób pozyskiwania dowodów w formie elektronicznej

Po pierwsze, SOKiK wskazał, że uprawnienie Prezesa UOKiK do przeprowadzenia przeszukania stanowi istotne ograniczenie prawa do prywatności przysługującego przedsiębiorcy i jako takie powinno być interpretowane w sposób wąski. W przeciwnym wypadku, jak podkreślił SOKiK,

<sup>5</sup> Zob. European Commission, Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003, 11.09.2015, pkt 14.

<sup>6</sup> Konieczność uzyskania uprzedniej zgody przedsiębiorcy na przeprowadzenie czynności kontroli/przeszukania w siedzibie organu kontroli wynika z art. 80a ust. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. 2016, poz. 1829).

<sup>7</sup> W ocenie SOKiK zażalenie było wniesione przedwcześnie, gdyż Prezes UOKiK dokonał jedynie skopiowania dokumentów elektronicznych i nie przystąpił jeszcze do ich analizy. W ocenie SOKiK samo wyniesienie kopii dokumentów elektronicznych z siedziby przedsiębiorcy bez ich dalszej analizy w siedzibie UOKiK, mogło być uznane za zabezpieczenie dowodów dopuszczalne na gruncie uokik z 2007 r.

gwarancje prawa do prywatności przyznane przedsiębiorcy miałyby jedynie charakter iluzoryczny. Kontynuując ten tok rozumowania, SOKiK wskazał, że przepisy uokik z 2007 r. przyznające Prezesowi UOKiK uprawnienie do żądania określonych dokumentów w formie papierowej od przedsiębiorcy w trakcie przeszukania należy interpretować w sposób ścisły. Zdaniem sądu zobowiązują one Prezesa UOKiK do starannego wyselekcjonowania informacji i żądania od przedsiębiorcy tylko tych, które mieszczą się w zakresie przeszukania. Analogicznie, wykonując kopie określonych dokumentów i informacji utwalonych w formie elektronicznej, Prezes UOKiK powinien ograniczyć się jedynie do tych, które są istotne z punktu widzenia prowadzonego postępowania. W ocenie SOKiK nie powinno być bowiem żadnej różnicy w traktowaniu w tego typu sytuacjach dokumentów w formie papierowej i elektronicznej. W każdym przypadku Prezes UOKiK ma bowiem możliwość wyselekcjonowania tylko tych, które są właściwe ze względu na przedmiot postępowania. Argumenty Prezesa UOKiK, jakoby selekcja dokumentów w formie elektronicznej była zbyt czasochłonna lub też wymagała specjalistycznych narzędzi informatycznych, SOKiK uznał za nietrafione.

SOKiK wskazał ponadto, że celem zapewnienia prawidłowej realizacji przysługujących przedsiębiorcy prawa do obrony i prawa do prywatności, selekcja dokumentów objętych przeszukaniem powinna odbywać się w jego siedzibie i przy udziale jego upoważnionego przedstawiciela. W przeciwnym wypadku samo przeszukanie, rozumiane jako selekcja dowodów oraz sporządzanie z nich kopii i notatek, w rzeczywistości odbywałoby się poza siedzibą przedsiębiorcy. To z kolei należałoby uznać za sprzeczne z przepisami uokik z 2007 r. W ocenie SOKiK, to właśnie analiza dysków twardych i korespondencji e-mail stanowi czynność przeszukania (bowiem w tym momencie organ konfrontowany jest z materiałem dowodowym) i jako taka nie może być uznana za zwykłą czynność o charakterze technicznym, jak podnosił Prezes UOKiK. Dlatego też, w ocenie SOKiK, analizowanie dokumentów skopiowanych od przedsiębiorcy poza jego siedzibą i pod jego nieobecność może stanowić naruszenie jego prawa do obrony.

Wyrażone w omawianym postanowieniu podejście SOKiK do kwestii zakresu przeszukania oraz uprawnień przeszukającego i przeszukiwanego w sposób jasny odróżnia przeszukania prowadzone zgodnie z uokik z 2007 r. od praktyki tzw. wyławiania informacji (*fishing expeditions*). Zobowiązując Prezesa UOKiK do selekcjonowania dokumentów w siedzibie przedsiębiorcy oraz kopiowania tylko tych informacji, które są właściwe ze względu na zakres prowadzonego postępowania, SOKiK wyraźnie ograniczył dotychczasową praktykę Prezesa UOKiK, która w ocenie środowiska była zbyt ekstensywna.

## 2. Ochrona tajemnicy adwokackiej/radcowskiej (*legal professional privilege*)

Poza wskazaniem ram dla pozyskiwania dokumentów w formie elektronicznej w trakcie przeszukań, w analizowanym orzeczeniu SOKiK pośrednio odniósł się również do zagadnienia LPP. Potwierdził on, że LPP wymaga szczególnej ochrony, a jego istota byłaby zagrożona, gdyby dokumenty elektroniczne mogły być pozyskiwane przez Prezesa UOKiK bez ich uprzedniej selekcji w siedzibie przedsiębiorcy. W takim przypadku istniałoby bowiem ryzyko, że część z treści skopiowanych w trakcie przeszukania i poddanych dalszej analizie w siedzibie UOKiK, byłaby pozbawiona przysługującej im ochrony przed ujawnianiem w oparciu o LPP.

Dodatkowo SOKiK wskazał, że podstawą prawną dla ochrony LPP powinny być przepisy kodeksu postępowania karnego<sup>8</sup>. Mimo braku rozwinięcia tej myśli w kontekście dopuszczalnego zakresu takiej ochrony, w szczególności braku wskazania czy LPP powinno być ograniczone tylko do korespondencji z prawnikiem zewnętrznym, czy też może obejmować również komunikację z prawnikiem wewnętrznym spółki (*in-house*), już samo powołanie się przez SOKiK na przepisy k.p.k. daje podstawy do dalszej dyskusji w tym zakresie.

Wynika to z aktualnej konstrukcji LPP na gruncie polskiego prawa konkurencji, tj. braku szczegółowej regulacji tego zagadnienia w uokik z 2007 r. i konieczności odpowiedniego stosowania k.p.k., która w ocenie części polskiej doktryny (zob. Bernatt i Turno, 2013, s. 25–26; Bernatt, 2014) może skutkować szerszym zakresem LPP w prawie polskim niż ma to miejsce w prawie unijnym<sup>9</sup>. Jest to konsekwencja brzmienia przepisów k.p.k., które, odnosząc się do LPP, nie czynią rozróżnienia pomiędzy komunikacją z prawnikiem zewnętrznym a prawnikiem wewnętrznym. W konsekwencji, w polskim prawie konkurencji LPP może teoretycznie obejmować komunikację z każdym z nich. Orzeczenie SOKiK nie daje wprawdzie odpowiedzi na to pytanie, ale wskazując na konieczność stosowania przepisów k.p.k. do oceny LPP, daje impuls do dalszej debaty w tym zakresie i nadaje pewien kierunek dalszego rozumowania.

#### IV. Podsumowanie

Analizowane orzeczenie może być uznane za punkt zwrotny dla przeszukań prowadzonych przez Prezesa UOKiK. Daje ono bowiem jasny sygnał, że dotychczasowa praktyka Prezesa UOKiK, polegająca na kopiowaniu całości dokumentów elektronicznych znalezionych w siedzibie przedsiębiorcy (bez ich uprzedniej selekcji) oraz ich zabieranie i analiza w pomieszczeniach UOKiK jest niedopuszczalna.

Co więcej, także wymóg prawidłowej ochrony LPP, zobowiązuje przeszukujących do uprzedniej selekcji dokumentów elektronicznych w siedzibie przedsiębiorcy, zanim dane mogące potencjalnie zawierać informacje objęte LPP zostaną zabrane i przeanalizowane w siedzibie UOKiK.

Wreszcie, analizowane orzeczenie nie pozwala wykluczyć, że zakres LPP na gruncie polskiego prawa konkurencji będzie szerszy niż w prawie unijnym. Pomimo że SOKiK nie daje jasnej odpowiedzi w ostatniej z analizowanych kwestii, już poprzez samo odwołanie się w do przepisów k.p.k. w kontekście LPP stwarza pole do dalszej dyskusji w tym zakresie.

#### Bibliografia

Bernatt, M. (2014). Komentarz do art. 105q uokik z 2007 r. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. (wyd. 2). Warszawa: C.H. Beck.

<sup>8</sup> Zob. w szczególności art. 225 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz.U. 2017, poz. 1904).

<sup>9</sup> Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zob. m.in. wyr. Trybunału z 18 maja 1982 r. w sprawie 155/79 *AM & S Europe Limited przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz.1982, s. 01575; wyr. Sądu pierwszej instancji (druga izba) z 12 grudnia 1991 r. w sprawie T-30/89 *Hilti AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 1991, s. II-01439; wyr. Sądu pierwszej instancji (pierwsza izba w składzie powiększonym) z 17 września 2007 r. w sprawach połączonych T-125/03 oraz T-253/03 *Akzo Nobel Chemicals Ltd oraz Akcros Chemicals Ltd przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 2007, s. II-03523; wyr. Trybunału (wielka izba) z 14 września 2010 r. w sprawie C-550/07 P *Akzo Nobel Chemicals Ltd i Akcros Chemicals Ltd przeciwko Komisji Europejskiej*, Zb. Orz. 2010, s. I-08301) zakres LPP na gruncie prawa unijnego ogranicza się jedynie do ochrony korespondencji z prawnikiem zewnętrznym i nie obejmuje wymiany informacji z prawnikiem *in-house*.

Bernatt, M. i Turno, B. (2013). Zasada legal professional privilege w projekcie zmiany ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 1(2).

Skoczny, T. (red.). (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. (wyd. 2). Warszawa: C.H. Beck.

### **Piotr Skurzyński**

radca prawny

szeft zespołu prawa konkurencji kancelarii Hogan Lovells (Warszawa) LLP

e-mail: piotr.skurzynski@hoganlovells.com

### **dr Maciej Gac**

doktor nauk prawnych

prawnik w zespole prawa konkurencji kancelarii Hogan Lovells (Warszawa) LLP

e-mail: maciej.gac@hoganlovells.com